

A SÚMULA VINCULANTE 37 E O *REVIVAL* DO DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO

Newton Pereira Ramos Neto

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica De São Paulo — PUC/SP. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professor Assistente na Universidade Federal do Maranhão. Juiz Federal.

RESUMO

O presente ensaio visa examinar o conteúdo da Súmula Vinculante 37 e sua incompatibilidade com a interpretação constitucional contemporânea, construída no âmbito de um sistema de princípios.

Palavras-chave: Súmula vinculante — Legislador negativo — Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present essay aims to examine the content of binding precedent 37 and its incompatibility with the contemporary constitutional interpretation, built under a system of principles.

Keywords: Binding precedent — Negative legislator — Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Liberal, concebido como reação ao absolutismo até então existente, verdadeira preponderância foi atribuída ao texto da lei, que, em sua condição sublime de manifestação da vontade popular, passou a ser considerado como instrumento máximo de regência das condutas sociais e mecanismo de demarcação da esfera de intervenção estatal. Pregava-se então a autossuficiência do Direito positivo, que, em razão de sua completude, deveria ser aplicado sem recurso a juízos morais ou políticos, cabendo ao juiz o papel reduzido de enunciar o conteúdo linguístico dos Códigos, cuja literalidade supostamente seria capaz de dar solução aos mais variados litígios.¹

O papel do juiz aqui é eminentemente descritivo,² de modo que cabe a ele, como um observador imparcial, apenas declarar o que fora decidido pela autoridade legislativa, através do catálogo de regras, a partir de critérios semânticos.³ Norma jurídica, nessa concepção, é apenas norma válida, para o que se deve abstrair qualquer noção de justiça e eficácia da norma.⁴

¹ Para uma melhor compreensão da evolução do papel do Judiciário na materialização de direitos recomendamos a leitura de TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23 e ss.

² Daí afirmar Hans Kelsen que “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395).

³ Sobre o tema, vide também HART. *Conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

⁴ Essa perspectiva, entretanto, não afasta a indeterminação inerente ao Direito Positivo, que seria, pois, em parte determinado pelo texto e em parte aberto para o intérprete. Assim, reduzida a texto oficial, a tarefa da ciência do Direito está limitada à descrição do quadro de suas leituras possíveis, ao que se segue a escolha discricionária da autoridade competente no momento de sua aplicação. O papel do Direito, portanto, seria o de limitar o poder discricionário da autoridade que aplica a norma, reduzindo-o ao espectro das interpretações cabíveis a partir de uma moldura definida pelo texto legal (Sobre o tema, vide CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Brasília, DF, n. 5, jan./jun. 1997, p. 40).

A derrocada do Estado Liberal, de seu turno, impôs uma mudança de perspectiva no conceito de Constituição. Utilizara-se, o constituinte, do Estado Social de cláusulas que pretendiam consagrar os compromissos e as diretrizes do Poder Público com a implementação de interesses sociais, enunciando, através de comandos gerais, direitos sociais relativos ao trabalho, à educação, entre outros. O papel do Judiciário, pois, altera-se significativamente com o declínio do paradigma liberal, de modo especial a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX.⁵

No período do pós-guerra, assim, o processo inaugurado com a era das codificações – na qual a lei era exatamente a ferramenta de contenção de um Poder Judiciário que historicamente não inspirava confiança⁶ – se inverte, passando o magistrado a construir direitos a partir das denominadas cláusulas programáticas, de nítido caráter aberto.⁷

Nesse contexto, passa-se a engendrar, no plano da filosofia, uma teoria material do Direito a partir da constatação da insuficiência do positivismo – notadamente do normativismo kelseniano – como mecanismo de fundamentação do fenômeno jurídico, fugin-

⁵ No caso brasileiro, esse fenômeno tem outro marco inicial: o processo de redemocratização a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, vide o trabalho de BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 13, 2009.

⁶ Pelo menos na Europa Continental, posto que esse fenômeno não se repetiu nos Estados Unidos da América.

⁷ “A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre a relação entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito.’” (VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21). Na mesma linha, ressalta Mauro Capelletti que a consagração de direitos econômicos e sociais, notadamente a partir de cláusulas de conteúdo indeterminado, também é elemento que contribui decisivamente para o protagonismo judicial da era contemporânea (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 68).

do-se de uma dicotomia que embalou o pensamento ao longo dos séculos: Direito Natural e Direito Positivo.⁸ O Direito moderno, pois, é marcado como um sistema, fruto de decisões contingentes adotadas em um determinado contexto histórico, apresentando-se como um fenômeno que reproduz a si próprio a partir de fatos sociais, sempre sujeito a mudanças alheias a qualquer compreensão metafísica das fontes normativas.⁹

Aqui se evidencia o problema dos limites da atividade jurisdicional, já que as constituições contemporâneas irão favorecer um ambiente de protagonismo do trabalho hermenêutico, que se enriquece e se torna mais complexo à medida em que se exige um incremento na atividade de justificação do resultado decorrente da interpretação das normas e fatos a elas subjacentes.

Nesse contexto, o presente ensaio busca demonstrar o desacerto da Súmula Vinculante 37 – decorrente da Súmula 339 do STF –, ao expressar a ideia de que “não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Defende-se que, exatamente em razão da necessidade de materializar-se as diretrizes constitucionais, a partir de argumentos de princípio, é possível sim a extensão de vantagens à guisa de observância da isonomia, como, aliás, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal em hipóteses específicas.

Não se pretende aqui demonstrar a verdade banal, embora negada ou ocultada em todas as épocas, da atividade “criativa” dos tribunais.¹⁰ Antes, pretende-se discutir como essa função deve ser

⁸ Nesse sentido é a manifestação de Paulo Bonavides na apresentação da obra de Müller (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

⁹ Sobre o tema, vide, entre outros, LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

¹⁰ Essa afirmação é de Mauro Cappelletti nas premissas de seu trabalho *Juizes legisladores?* No mesmo sentido, FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 37 e ss. As aspas foram propositalmente colocadas para ilustrar a necessidade de que a visão do papel do Judiciário, como uma atividade criativa do Direito, seja acolhida com

exercida a fim de compatibilizar-se com um modelo ideal de Estado Democrático de Direito, fugindo, todavia, de uma demasiada atribuição de importância ao princípio democrático a partir do exame, sob a ótica estritamente formal, da legitimidade política dos juízes, como comumente ocorre.

Em verdade, essa última perspectiva revela-se capaz de desviar o foco do debate para um ponto que deve ser tido como essencial, qual seja, a importância dos aspectos substantivos da Constituição, especialmente uma compreensão adequada da igualdade e dos critérios de correção das decisões judiciais à luz da argumentação jurídica, dando margem ao estabelecimento de limites para a realização da Constituição sem socorro a um rígido modelo de separação dos poderes.

1 A SÚMULA VINCULANTE 37 E A INTEGRIDADE DO DIREITO: A SOLUÇÃO CABÍVEL SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA

1.1 Democracia e premissa majoritária: a proteção dos direitos individuais pode violar a própria Constituição?

Ao adotar-se, no discurso acerca da extensão de vantagens remuneratórias, uma linha de argumentação que envolve os limites

reservas em razão dos perigos que uma compreensão generalizada encerra. Numa concepção democraticamente adequada e à luz do pós-positivismo, a construção da resposta judicial ocorre dentro ou a partir do próprio sistema normativo, no âmbito de seu modelo de regras e princípios, considerando-se, para tanto, a integridade do Direito e sua interpretação como uma teia inconsútil (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 180 e ss). Pelo menos nessa perspectiva, não há que se falar em livre criação judicial do Direito, no sentido proposto por Hart, como mecanismo de solução dos denominados *hard cases*, para os quais não há uma regra clara de incidência, cabendo ao magistrado decidir a partir de razões morais, éticas etc., exercendo nítida competência legislativa (HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito; Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, New York, v. 71, 1958, p. 593). Não se desconhece, entretanto, que a dicotomia entre revelação e criação do Direito não faz sentido no paradigma pós-positivista, já que o Direito hoje deve ser reconhecido como uma constante prática construtiva e evolutiva.

do Judiciário em virtude da separação dos poderes e de sua feição contramajoritária, necessário se torna o enfrentamento da questão relativa às situações em que, por razões diversas, é possível que a tutela de direitos subjetivos entre em aparente rota de colisão com a legislação editada pelos chamados representantes do povo, que supostamente atuam em conformidade com os interesses da maioria.

Nesse tema, sabe-se que a convivência entre o constitucionalismo e a democracia nem sempre é algo simples e harmônico. De fato, na medida em que o constitucionalismo impõe que dadas questões sejam excluídas da esfera coletiva de decisão, porque irrenunciáveis, haverá certa tensão entre essa perspectiva e a ideia de que a democracia se consubstancia no respeito à vontade da maioria.

A preocupação exacerbada com uma postura *self restraint* das Cortes Constitucionais é herdeira exatamente dessa concepção da regra da maioria,¹¹ que, nas sociedades homogêneas do período pré-moderno,¹² teve grande valor como forma de solidificar os

¹¹ Sobre a regra da maioria, vide o texto: DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.

¹² No paradigma pré-moderno – que vai da Antiguidade até o período anterior à Revolução Francesa – o homem era visto como mero instrumento de realização dos interesses da coletividade, de acordo com a origem de seu nascimento. Como anota Menelick de Carvalho Netto, o direito e a organização política aqui representavam “um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam. O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social, tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas.” (CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 237-238). No paradigma da modernidade, essa concepção será superada, com a diferenciação racional entre o Direito e outras manifestações sociais, passando o homem a ser visto como indivíduo igual em direitos e deveres, uma vez que dotado de razão e vontade. Seu destino não está mais predefinido a partir de seu nascimento, mas sujeito às vicissitudes da vida. Sobre a concepção de individualismo em um ambiente democrático, é de extrema clareza a seguinte passagem de Bobbio: “Há individualismo e individualismo. Há o individualismo de tradição liberal-libertária e o individualismo da tradição democrática. O primeiro arranca o indivíduo do corpo orgânico da sociedade e o faz viver fora do regaço materno, lançando-o ao mundo desconhecido e cheio de perigos da luta pela sobrevivência, onde cada um deve cuidar de si mesmo, em uma luta perpétua, exemplificada pelo hobbesiano *bellum omnium contra omnes*. O segundo agrupa-o a outros indivíduos

fundamentos basilares da democracia.¹³ Argumenta-se, sob essa ótica, que as construções jurídicas desenvolvidas pelo Poder Judiciário encontram óbice intransponível na estrutura inerente aos países democráticos, em que deve prevalecer a vontade da maioria, no caso representada pelas ações do Legislativo e Executivo, dada a feição contramajoritária do controle jurisdicional (*countermajoritarian difficulty*).¹⁴

Esse ponto de vista transfere a solução dessa temática para um aspecto meramente formal, em detrimento do ponto essencial que permitirá reconhecer a legitimidade ou não de uma decisão: a qualidade do argumento utilizado. Ou seja, discute-se quem deve ser o autor da interpretação – se os juízes ou o povo, por meio de seus representantes –, quando o foco principal da questão deve ser o que a Constituição significa, e não quem deve nos dizer o seu significado.¹⁵

Expõe-se, nesse contexto, uma suposta antítese entre democracia e realização dos direitos fundamentais. Na realidade, a questão está em definir-se como adequadamente se deve compreender a própria democracia, que deve permitir o desenvolvimento

semelhantes a ele, que considera seus semelhantes, para que da sua união a sociedade venha a recompor-se não mais como um todo orgânico do qual saiu, mas como uma associação de indivíduos livres. O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-o com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um livre acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele o protagonista de uma nova sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes.” (BOBBIO, Noberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as lições dos clássicos*. São Paulo: Campus, 2000, p. 381-382).

¹³ Com efeito, na Idade Média foram engendrados os fundamentos da ideia de soberania popular, a partir de quando o povo passou a ser identificado como autoridade e fonte do poder, distinguindo-se titularidade e exercício do poder (BOBBIO, Noberto. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 321).

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114-115.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.

concomitante da autonomia individual e coletiva, através do diálogo, da participação da sociedade como um todo.

A premissa majoritária pressupõe que, nos procedimentos políticos, a decisão alcançada seja a desejada pela maioria dos cidadãos. Todavia, esse objetivo do procedimento político, embora consista em parte do ideal democrático, não se confunde com a própria noção de democracia.

De fato, a democracia, identificada como governo do povo, pressupõe a participação de todos os afetados no processo decisório. Daí surge a necessidade de adoção de medidas acautelatórias que assegurem a participação coletiva de todos os interessados. É isso que permite a uma maioria ser qualificada como tal, sem prejuízo da preservação dos direitos das minorias.¹⁶

Habermas, baseado em sua teoria do agir comunicativo, irá conceber como finalidade do princípio democrático a produção legítima de normas jurídicas. Para esse princípio, somente podem pretender validade legítima as normas jurídicas que, a partir de um processo discursivo, encontrem assentimento na comunidade jurídica como um todo, que será composta por membros livres e iguais que se associam voluntariamente.¹⁷

Parte o autor da ideia de que há uma coesão interna entre direitos fundamentais e democracia. Assim, somente será possível falar-se em autonomia política do cidadão – ideia inata à própria regularidade do procedimento democrático – se ele assumir o papel de titular de direitos. Com isso, o equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública será essencial para o regular

¹⁶ Com efeito, as minorias demandam especial proteção do Estado, uma vez que a simples participação nos espaços públicos de comunicação e decisão não se afigura capaz de, por si só, garantir a tutela dos interesses desses grupos minoritários. O grande desafio, pois, está em estabelecer-se o limite adequado dessa intervenção a fim de evitar-se, a partir de um paternalismo judicial, uma erosão das decisões políticas legitimamente adotadas.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005, p. 175.

uncionamento da democracia, já que não há como se conceber a participação política efetiva através dos direitos políticos sem que sejam assegurados os direitos individuais vitais – a co-originariedade ou equiprimordialidade entre a autonomia pública e privada.

Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. De outro lado, os cidadãos só podem gozar simetricamente sua autonomia privada se fizerem uso adequado de sua autonomia política, de forma que os destinatários do direito se vejam, ao mesmo tempo, como seus autores.¹⁸

Não se pode olvidar, portanto, que, a par da necessidade de prestigiar-se a vontade da maioria, existem direitos individuais que precisam ser respeitados por esta mesma maioria. A afronta ao princípio da igualdade feita por decisão da maioria, para ilustrar, comporta correção a partir de decisão contramajoritária. Tudo para que se mantenha o equilíbrio de forças no jogo democrático.

O fato é que o respeito absoluto pela vontade da maioria – no sentido de adotarem-se decisões que supostamente seriam tomadas pela maioria dos cidadãos – não se caracteriza nem como meta nem como definição da democracia. A essência da democracia, na realidade, está na tomada de decisões coletivas por instituições que, no âmbito de seus procedimentos, adotem um ideal de igual consideração e respeito por todos os indivíduos.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. “O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?” *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155. É importante lembrar que a autonomia privada dos cidadãos pressupõe o asseguramento de mínimos existenciais capazes de realizar efetivamente os ideais de igualdade e liberdade. Na medida em que inexistentes garantias básicas de saúde, educação etc., não se pode falar em liberdade individual que permita a participação legítima dos cidadãos nos processos públicos decisórios (autonomia pública). Sem condições básicas de existência digna que garantam a emancipação social, portanto, é impossível conceber-se o adequado funcionamento do processo democrático. Nesse sentido, entre outros, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323 e ss.

Daí ressaltar Alexy que os direitos fundamentais são compatíveis com a democracia, embora inspirem certa desconfiança em relação ao processo democrático. Isto porque, ao vincularem o legislador, encontram-se fora do processo decisório da maioria parlamentar, servindo como sustentáculo, em última instância, da própria democracia.¹⁹ Os direitos fundamentais, assim, vão funcionar não apenas como um limite à democracia, mas como condição essencial para seu próprio reconhecimento. Se um tribunal tem fortes motivos jurídicos para negar à maioria a restrição a certas liberdades individuais, essa decisão, antes de prejudicar, fortalece os valores democráticos.

Daí falar Dworkin nos direitos como trunfos políticos que funcionam como limites ao princípio majoritário.²⁰ Nesse contexto, não se deve falar em um conflito entre os direitos individuais e o interesse coletivo, na medida em que ambos devem estar fundamentados num ideal de igualdade. O vínculo da democracia com a vontade majoritária não equivale a uma carta de alforria voluntarista em favor das maiorias, já que a garantia jurídica segundo a qual é possível fazer-se tudo o que a lei não vede é o núcleo da autonomia privada, e não da pública.²¹

Há de se superar, pois, a concepção majoritária de democracia para atingirmos uma concepção comunitária. Nesta, exige-se que cada cidadão não só tenha uma participação igual no governo, mas também dele receba o mesmo respeito e seja objeto da mesma consideração que os demais cidadãos.²²

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático". In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV.

²¹ Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. "O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?" p. 155-156.

²² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 112. Daí afirmar Dieter Grimm que "parece difícil adotar um conceito de democracia que seja puramente formal. Primeiro, um conceito de democracia, baseado somente no princípio majoritário, é incapaz de assegurar eficazmente um governo democrático. Ele não previne a

A liberdade coletiva, portanto, não pode ser assegurada quando seu reconhecimento importa em asfixia dos interesses individuais, quando sua observância cega pode ganhar inclusive características totalitárias. Aliás, especialmente em tempos de pluralismo cultural e social, como ocorre na era contemporânea, a centralização do debate democrático em uma perspectiva majoritária pode importar em sufocamento das aspirações das minorias precariamente representadas nos foros políticos.

Nesse contexto, apenas de modo aparente é possível falar-se na existência de um paradoxo entre direitos fundamentais e democracia, que, uma vez unidos, formariam o denominado Estado Democrático de Direito. Como dito antes, a garantia dos direitos fundamentais torna possível a existência da própria democracia. Desse modo, os direitos humanos possuem um valor intrínseco, que não se esgota num valor instrumental em prol da formação democrática da vontade.²³

Em sendo assim, a relação entre direitos humanos e soberania popular irá conduzir à compreensão de que o Estado de Direito não pode sobreviver sem democracia participativa. A relação entre autonomia privada e autonomia pública é que garante a legitimidade do Estado, já que os destinatários do Direito precisam sentir-se também como seus elaboradores, numa sincronia capaz de gerar a aceitação racional das consequências e efeitos das normas

maioria de abolir a regra da maioria. Foi isso que ocorreu na Alemanha em 1933 – uma experiência que teve grande impacto na história legislativa da Lei Básica. Segundo, a democracia, ainda que identificada com a regra da maioria, fica difícil de ser concebida sem umas garantias adicionais para o funcionamento do processo democrático. Liberdade de expressão e informação são, indiscutivelmente, as mais importantes. A proteção da minoria é outra garantia cuja ausência diminui sensivelmente as chances de uma mudança democrática.” (GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia. Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 01, n. 4, p. 03-22, out./dez. 2006, p. 8-9).

²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas”. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003, p. 08. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2011.

estabelecidas.²⁴ Os direitos fundamentais são, nesses termos, condição essencial da formação democrática da opinião e da vontade, não devendo ser somente impostos como limites ao exercício do poder político, nem meramente instrumentalizados politicamente. Maiorias e minorias, pois, formam-se dinamicamente no exercício desses direitos, ao longo do processo político-democrático.

A par de tudo o que foi dito, obviamente que, ao tomar para si a competência para decidir questões sobre direitos, os tribunais encontram-se suscetíveis de erros, consubstanciados na possibilidade de invasão da esfera legítima de deliberação da sociedade, apropriando-se de forma indevida, inclusive, da definição do que seja vontade geral e interesse coletivo. Mas essa possibilidade de erro é simétrica.²⁵ É dizer, nada obsta que a legislação majoritariamente adotada viole as condições democráticas, frustrando direitos e expectativas daqueles representados nos foros políticos. Daí poder-se concluir, com Dworkin, que a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada.²⁶

1.2 O constitucionalismo atual permite a sobrevivência do dogma do legislador negativo?

Embora pareça evidente que o constitucionalismo moderno não se contenta com a ideia de um juiz ventríloquo, limitado semanticamente em sua atividade por um texto normativo que se pretende capaz de dar cabo de todos os problemas emergentes em uma sociedade complexa, a definição dos limites da atividade jurisdicional, no campo da interpretação, é tema que continua a atormentar a doutrina e os tribunais.

²⁴ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 251.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 50.

²⁶ *Ibidem*, p. 50. Entendida a premissa majoritária aqui no sentido de um óbice ao funcionamento da jurisdição constitucional, já que, no ambiente democrático, não se pode abstrair por completo a vontade da maioria, embora não se possa elevá-la também à condição de critério absoluto para a definição dos destinos da sociedade, como restou dito ao longo do texto.

Nesse campo, embora essa afirmativa possa apresentar-se como surpreendente, o modelo de sistema jurídico proposta por Kelsen continua se apresentando como atual, pelo menos na visão de boa parte das cortes judiciais, notadamente no Brasil.²⁷ É que, ao assumir-se uma postura segundo a qual o papel do Direito é o de prover certeza e regulação, acolhe-se uma tendência positivista exatamente em virtude de uma visão ontológica do Direito caracterizado como decisões explícitas do passado, tomadas pelas autoridades então competentes, e que podem ser facilmente lidas e conhecidas.

Daí asseverar Menelick de Carvalho Netto que ainda não conseguimos superar o paradigma da modernidade, já que, a partir do uso da razão, como ferramenta pretensamente capaz de dar cabo das diversas demandas sociais, continuamos a buscar uma segurança jurídica que não é dada ao Direito assegurar.²⁸

Para Kelsen, a necessidade de se restringir o poder dos tribunais e, assim, o caráter político de sua função, impunha o dever de limitar o máximo possível a margem de “discrecionariade” na interpretação das leis, de modo que as normas deveriam ser editadas evitando-se fórmulas demasiado vagas, como “liberdade”, “igualdade” e “justiça”.²⁹ É dizer: embora os tribunais constitucionais exerçam efetiva função política – na medida em que a anulação de uma lei produz efeitos gerais, tanto quanto a edição prévia do ato normativo –, essa atividade deveria ser realizada apenas em caráter negativo, afastando-se qualquer possibilidade de violação à separação de poderes, já que a exclusão jurisdicional de normas

²⁷ “Considerada na sua totalidade, a bibliografia científica também opera num nível de método que ainda não encontrou uma concepção superadora do positivismo legalista, mas que ao mesmo tempo descobre, como multiplamente insuficientes, na prática, as possibilidades de interpretação ou concretização da constituição, próprias do positivismo legalista, transcendendo-as sem a fundamentação que se deveria esperar.” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, p. 21).

²⁸ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. “A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito”, p. 49.

²⁹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdicção constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 262.

jurídicas do ordenamento é absolutamente determinada pela própria Constituição.³⁰

A premissa de que partia Kelsen, todavia, é completamente diversa dos anseios que embalam o constitucionalismo contemporâneo. Isto porque o modelo kelseniano do “legislador negativo” somente fazia sentido no contexto do controle de constitucionalidade europeu, no qual, segundo a concepção do referido autor, não deveria existir espaço para decisões fundamentadas em princípios.

Cabia, à jurisdição constitucional, proceder à defesa da Constituição e mesmo dos interesses das minorias, desde que expressamente albergados naquele texto. Porém, na medida em que a norma constitucional tinha o papel de apenas traçar as linhas mestras do sistema jurídico, com o estabelecimento de um conteúdo incipiente de direitos individuais que atuariam na condição de verdadeiros limites de atuação negativa do Estado, essa função protetiva das minorias afigurava-se extremamente reduzida. Na verdade, sob o pálio do dogma do legislador negativo impunha-se a vedação de uma atuação proativa capaz de, a partir de uma contextualização histórica e social, reconhecer direitos implícitos e inerentes ao sistema como um todo.

Ora, diante de uma Constituição recheada de normas abertas, que assumem verdadeiros compromissos positivos com a implementação de direitos individuais e sociais e com a materialização dos princípios que regem o convívio na sociedade contemporânea, uma pretensão restritiva da atividade dos tribunais, ao contrário de preservar normativamente o conteúdo do texto constitucional, teria exatamente o efeito inverso: o de tornar a Constituição a simples folha de papel de que falava Lassalle.³¹

Daí afirmar-se que a ideia do legislador negativo surgiu, no constitucionalismo europeu, como um argumento formal contra

³⁰ KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-153.

³¹ Sobre o tema, vide LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

a possibilidade do ativismo judicial, relacionando-se à ideia de “constituição-moldura”, a qual teria o papel de apenas definir os limites em que é permitida a atuação do Poder Legislativo. Nesse contexto, caberia ao tribunal constitucional, sob uma perspectiva estritamente formal, verificar tão somente se o legislador obedece aos limites da moldura estabelecida pela norma constituinte, sem qualquer consideração acerca do conteúdo a partir do qual ela é preenchida.³² Trata-se, pois, de uma ideia própria do constitucionalismo liberal e das constituições denominadas de “sintéticas”, especialmente aquelas que se limitavam ao estabelecimento dos direitos fundamentais “clássicos”, isto é, aqueles com nítida feição negativa e que serviam de defesa do indivíduo contra a ingerência estatal em sua esfera privada.

Trata-se a Constituição contemporânea, portanto, de uma carta de princípios que deve ser lida como um sistema coerente que impõe duas responsabilidades essenciais aos juízes: uma, que os juízes estão obrigados a decidir de acordo com princípios gerais que obrigatoriamente possam ser associados aos textos abstratos contidos na Constituição; duas, que esses princípios devem ser respeitados mesmo que a solução imposta seja controversa e não goze de prestígio popular.³³

A leitura moral da Constituição, portanto, traduz-se na necessidade de compatibilização da legislação e das decisões judiciais com os princípios morais e direitos fundamentais encartados na Carta Magna. Esta, a seu turno, conduz a uma inserção da moralidade política no âmbito do Direito Constitucional, cujo poder de interpretação, na maior parte dos sistemas modernos, está nas mãos dos juízes, a par da carga de incerteza que essa atribuição implique,³⁴ uma vez que não há como fugir das possíveis discordâncias sobre a

³² Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

³³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 202.

³⁴ Cf. *Ibidem*, p. 202.

maneira correta pela qual esses princípios devem ser incorporados às controvérsias políticas concretas.

Sob outra perspectiva, como ressalta Dworkin, essa visão da Constituição, notadamente sua submissão a uma leitura moral, é considerada por alguns como razão de enfraquecimento da própria noção de comunidade, já que as decisões políticas mais fundamentais ficariam a cargo de uma elite de profissionais do direito.³⁵

Olvidam-se, porém, que, embora se trate de questão empírica complexa, o debate público que precede ou sucede determinada decisão judicial pode ensejar uma maior contribuição do cidadão individualmente considerado do que as lutas de forças antagônicas que culminam com a votação no Legislativo, como já ressaltado antes. Isto porque, em dadas circunstâncias, os cidadãos podem exercer melhor sua cidadania diante de decisões jurídicas baseadas em princípios do que em face de decisões políticas baseadas em votação numérica, as quais, muitas vezes, levam em conta posições conciliatórias incompatíveis com questões de princípio.³⁶

Aqui é importante registrar que, embora a leitura moral costume ser relacionada a uma perspectiva denominada de ativista, o fato é essa estratégia de interpretação não pode ser adjetivada nem de liberal ou conservadora. É que os juízes cujas convicções políticas são conservadoras tendem a interpretar os princípios constitucionais da mesma maneira. A seu turno, aqueles inclinados para concepções mais liberais tendem, no processo interpretativo, a atuar também de maneira liberal.

³⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 44 e ss.

³⁶ Cf. *Ibidem*, p. 46-47. Exemplificativamente, veja-se o recente debate, entre nós, acerca da constitucionalidade da denominada “Lei da Ficha Limpa”. Embora o clamor social propugne manifestamente pela manutenção da referida lei, diversas questões constitucionais suscitam o debate acerca de sua validade, questões estas relevantes principalmente para as minorias por ela atingidas – no caso, os políticos, considerados enquadrados em seus dispositivos. Independente de qualquer compromisso com as teses jurídicas subjacentes a este tema, somente a discussão nos foros judiciais é capaz de dar voz àqueles que se sentem prejudicados pela edição da norma.

Assim, há que se reconhecer que, na realidade, a leitura moral não tem nada de revolucionária.³⁷ Em seu trabalho cotidiano, todos os que atuam no campo da interpretação das leis reconhecem – ainda que implicitamente – a existência de cláusulas abstratas que somente podem ser examinadas a partir de juízos morais. Essa perspectiva, em verdade, consiste apenas em fingir-se que os casos constitucionais difíceis podem ser decididos de maneira moralmente neutra, desde que o intérprete se mantenha limitado pelo texto normativo.

Não se trata, por outro lado, de eliminarem-se os limites que separam o Direito e a Moral, mas apenas de reconhecer-se a interconexão existente entre ambos, já que o Direito, em seu processo de justificação, estará sempre aberto a argumentações morais. Habermas, nesse contexto, irá propugnar por uma relação de complementariedade ou co-originariedade entre o Direito e a Moral,³⁸ na medida em que, através do processo legislativo, penetram no Direito razões morais, de modo que não se pode falar em uma neutralidade moral do Direito.³⁹

Dessarte, a Constituição dos países democráticos deve ser vista como um projeto aberto para o futuro, que deve ser relido e reafirmado pelas novas gerações, como um elemento falível e, consequentemente, sujeito a um processo de aprendizagem que em si mesmo busca a correção.⁴⁰ Desse modo, o projeto da Constituição somente pode ganhar viabilidade e consistência a partir da interpretação constitucional. Daí afirmar Rosenfeld que o discurso

³⁷ *Ibidem*, p. 4.

³⁸ Isto a partir da publicação de *Faticidade e validade*. Até a elaboração de suas *Tanner Lectures*, Habermas defendeu uma espécie relação de subordinação entre o direito e a moral. Aliás, quando da elaboração de sua Teoria do Agir Comunicativo, Habermas considerava o Direito um caso especial de argumentação da moral, o que vem a ser mitigado na segunda fase de sua obra, quando passa à ideia de uma justificação moral do Direito. Nesse sentido, CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 04 e ss.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 651.

⁴⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

constitucional deve ser construído a partir de um texto que se localiza em seu próprio contexto, que, por sua vez, é aberto a finalidades e está sujeito a transformações ao longo do tempo, de modo que o sujeito constitucional deve inventar e reinventar a sua identidade a partir de fragmentos que precisam ser projetados em um passado e futuro incertos.⁴¹

Essa perspectiva, logicamente, importará em um esvaziamento semântico dos direitos fundamentais, que não podem mais ser compreendidos como um conjunto finito de direitos positivados,⁴² devendo ser absorvidos a partir de sua total complexidade e potencialidade, que extrapola em muito o texto normativo. A inserção dos chamados conceitos indeterminados no ordenamento jurídico, aliás, nos conduzirá à necessidade de reconhecimento de sua tessitura aberta ou principiológica, de modo que ele – o ordenamento – somente pode ser conhecido em sua plenitude a partir da mediação entre os textos normativos e a singularidade das situações de aplicação – casos concretos.

Os direitos fundamentais, ainda, são promessas que tentam evitar o passado, corrigindo os erros de épocas pretéritas, e sua manutenção no futuro pressupõe sua abertura e o desnaturamento, muitas vezes, de uma concepção inicial.⁴³ Tal perspectiva abre um grande espaço de atuação para os mais variados intérpretes, especialmente os tribunais – ainda que isso não seja do agrado de todos.⁴⁴

⁴¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.

⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 245.

⁴³ Sobre essa perspectiva, veja-se LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996; CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MG, n. 39, jan./ jun. 2001.

⁴⁴ Pertinente registrar, nesse contexto, que mesmo Kelsen, após o giro decisionista ocorrido após a 2ª edição de *Teoria Pura do Direito*, na década de 1960, passou a reconhecer que as relações entre norma geral e sua aplicação individual constituem partes distintas do mesmo ordenamento. Para o autor positivista, assim, há uma parte indeterminada no direito, que caberá ao intérprete – e em especial ao magistrado – preencher a partir da moldura estabelecida pelo legislador – as

O ativismo judicial, portanto, trata-se de fenômeno inevitável, já que a verdadeira materialização da Constituição, em face de sua acentuada carga principiológica, depende da existência de juízes capazes de buscar, no consenso e dissenso da sociedade, respostas para os mais variados e complexos conflitos, ainda que as soluções apontadas estejam sujeitas a constantes críticas e reformulações.

Essa visão do processo de interpretação constitucional, aliada a uma argumentação que se volte à proteção de princípios encartados na Constituição, parece ser suficiente para evitar-se uma livre criação do Direito a partir de escolhas arbitrárias, à luz de uma espécie de niilismo constitucional,⁴⁵ na medida em que se exige do intérprete que esteja atento às tradições e à moralidade pública vigente, à luz dos princípios constitucionais, buscando resultados coerentes com o Direito como um todo.⁴⁶ Assim, embora haja um desafio a ser enfrentado no que tange à demonstração de que a decisão judicial não está fundada em pautas arbitrárias de valores, derivadas de singulares preferências do julgador, a dificuldade de se provar a validade de um argumento não o coloca em pé de

interpretações possíveis. Embora a tese do autor não possa ser acolhida como forma de compreender que a atividade do julgador é, em um primeiro momento, um ato cognoscitivo, mas, em um segundo momento, um ato de vontade, incontrolável pelo direito e norteado por elementos morais ou políticos, a visão kelseniana serve para demonstrar a incompletude do texto como mecanismo de revelação do direito.

⁴⁵ O niilismo constitui-se em uma perspectiva filosófica que prega a desvalorização do sentido e das buscas por respostas precisas. No âmbito da interpretação, consiste numa espécie de resignação diante das múltiplas possibilidades interpretativas do texto. Isto porque o niilista, ao considerar que diversas opções interpretativas são válidas, conclui que qualquer uma delas é legítima, tratando-se, pois, de mera escolha do intérprete ao sabor de suas preferências pessoais. Desse modo, qualquer esforço argumentativo carece de maior validade (vide PECORARO, Rosano. *Niilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005). Pode-se ressaltar, assim, que o niilismo irá desaguar no decisionismo judicial.

⁴⁶ Sobre o tema, vide especificamente DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127 e ss; *O império do Direito*, p. 55 e ss. Essa visão, aliás, parece suplantar a preocupação de autores como Cass Sunstein (vide SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009), para quem transformações sociais e mudanças estruturais da sociedade devem ser realizadas pelas classes políticas, na medida em que o Judiciário não possui condições técnicas de imiscuir-se nessa seara.

igualdade com qualquer outro, de modo a dizer-se que todos eles são defensáveis.⁴⁷

Em verdade, a melhor interpretação deve ser capaz de demonstrar que agrega valores expressos e não expressos na Constituição. Portanto, não se trata de defender uma visão da Constituição como um navio com uma grande vela, mas sem âncora,⁴⁸ a ser conduzido por juízes equiparados a reis-filósofos. Ao contrário, o caráter normativo da Constituição assegura que sua interpretação deve estar vinculada à história, à prática judicial e ao ideal de integridade do Direito.

Obviamente que, na interpretação desses direitos controversos, juízes diferentes poderão chegar a resultados diferentes sobre quais são os princípios que conduzem à melhor compreensão da Constituição. A ausência de neutralidade nesse campo levará estes juízes, aliás, a se apoiarem, sobretudo, em suas próprias convicções sobre qual é o melhor argumento. Mas essa controvérsia e insegurança são imanescentes ao exame de uma Constituição concebida como uma carta recheada de princípios e não como uma coletânea de normas casuísticas. Somente a exposição transparente dos argumentos pode permitir o controle e a evolução do Direito a partir do debate público.

1.3 Os caminhos hermenêuticos do constitucionalismo moderno

Na perspectiva do pós-positivismo, o Direito deve ser reconhecido como uma prática construtiva, calcada em argumentos racionais e, por consequência, controláveis. Nesse contexto, a simples ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos. Mesmo nos denominados casos difíceis, pois, o magistrado continua a possuir o ônus de descobrir os direitos das partes.

⁴⁷ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

⁴⁸ A ilustração é de Lorde Macaulay em carta endereçada a H. S. Randall (Cf. *Ibidem*, p. 17).

Embora reconhecendo que o Direito não se esgota nas regras claramente estabelecidas, a visão aqui defendida pretende apresentar-se como uma ferramenta capaz de evitar um subjetivismo que deságue no próprio autoritarismo.

Reconhecido o Direito como um sistema de princípios, é possível separarem-se as escolhas jurídicas das escolhas propriamente políticas. Essa linha de pensamento não propõe, como poderia parecer em uma primeira leitura, a substituição do catálogo de regras por um rol exaustivo de princípios. Na verdade, os princípios não se encontram dados no sistema, sendo controversos e modificáveis ao longo da história da humanidade, dependendo sua afirmação de interpretações da prática jurídica cotidiana.

Nesse campo, aliás, como visto alhures, em nome de princípios de moralidade política, a sociedade clama inclusive por soluções contramajoritárias. Com efeito, na medida em que os princípios não se constituem em padrões metajurídicos, como queria o positivismo, sua aplicação torna-se obrigatória no âmbito do sistema jurídico, de modo que os juízes estão jungidos à elaboração da melhor interpretação do caso, devendo aferir a existência dos direitos mesmo diante das lacunas que as regras estabelecidas possam impor.

O Direito, assim, revela-se como uma teia inconsútil,⁴⁹ um sistema capaz de dar resposta a todos os casos a partir de sua interpretação coerente. Ao afirmar a existência de um direito fundamental, portanto, deve o juiz demonstrar a coerência dessa afirmação com precedentes anteriores, bem assim com os princípios constitucionais, que funcionam como “barreiras de fogo”.

Afasta-se, assim, a busca incessante do positivismo por uma solução segura capaz de eliminar os problemas de interpretação. Em vez de eliminá-los, o pós-positivismo assume o fato de que esses problemas são inerentes à vida em sociedade e busca, portanto, apenas formas de lidar com eles. Parte-se da premissa que não existem procedimentos mecânicos capazes de demonstrar os direitos

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 180.

das pessoas. Ao contrário, os casos difíceis são inerentes ao mundo em que vivemos, tanto no âmbito da política quanto do Direito, sendo certo que juristas criteriosos divergirão acerca desses direitos.⁵⁰

Se assim ocorre, é forçoso reconhecer que, dadas certas circunstâncias, os juízes devem sim criar direitos novos, seja essa criação dissimulada ou explícita.⁵¹ Essa assertiva, todavia, não prejudica a ideia de que os juízes devem uma deferência limitada às instituições legislativas, já que o processo de interpretação tem seu início – embora nem sempre tenha o seu fim – no labor daqueles eleitos pela população para dirigir seu destino e editar as leis a que ela se subordinará.

Por outro lado, mesmo partindo dessas premissas não é possível imaginar-se uma imunidade judicial ao erro. Por óbvio, os tribunais podem extrair conclusões equivocadas sobre os direitos implícitos que reconhecem. Mas essa possibilidade está longe de ser um defeito exclusivo de uma atividade tida por original dos tribunais. Ao contrário, a possibilidade de erro é imanente à tarefa interpretativa, mesmo para aqueles que se consideram tolhidos de qualquer competência inovadora.⁵²

Mas qual o limite dessa função judicial, preocupação essa essencial para que a atividade dos magistrados não se confunda com a dos legisladores?

Assim, para fugirem à pretensão de atuar como legisladores, os juízes devem evitar a argumentação própria da seara política, adotando como razões de decidir questões que envolvam o bem-estar social e a realização de interesses coletivos, debate este próprio da arena dos representantes do povo.⁵³ Ao contrário,

⁵⁰ *Ibidem*, p. XIX.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 128.

⁵² *Ibidem*, p. 135.

⁵³ Sobre a inclusão de questões políticas no discurso judicial, ressalta, Dworkin, também que a corte deve tomar decisões acerca de princípios e não de políticas, decisões sobre quais direitos as pessoas possuem no âmbito do sistema constitucional ao invés de decisões acerca de como o bem-estar geral é promovido (sobre o tema, vide o texto: DWORKIN, Ronald. *The Forum of Principle*. In *New York University Law Review*, n. 56, 1981).

diante de um caso a solucionar, devem os juízes investigar se existem direitos a ser tutelados exclusivamente à luz dos princípios inseridos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico.⁵⁴ Na hipótese de conclusão negativa caberá ao Judiciário relegar ao plano político a solução do problema a ele apresentado.

Nesse contexto, os argumentos de princípios se dirigem à tutela de direitos individuais, já que os próprios princípios estão voltados à descrição de direitos; os argumentos de política estão destinados a estabelecer um objetivo coletivo, porque a política descreve exatamente objetivos desta natureza e se liga a metas coletivas que estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma sociedade.

Mas essa distinção nem sempre é clara e fácil de ser percebida na realidade concreta, de modo que uma decisão, muitas vezes, pode estar baseada tanto em um fundamento como em outro. A legitimidade da decisão estará exatamente na possibilidade de sustentar-se à luz de direitos que possam ser reconhecidos como pertencentes a pessoas ou grupos numa dada hipótese concreta.

Relevante, aqui, também recordamos a dicotomia elaborada por Klaus Günther, que distingue os discursos de justificação dos discursos de aplicação a partir da ideia de separação entre questões referentes à validade da norma (*dimensão da validade*) e questões referentes ao seu âmbito de aplicação (*dimensão da adequabilidade*).⁵⁵

Parte-se da premissa de que nenhuma norma é perfeita, no sentido de ser capaz de, aprioristicamente, regular suas condições de aplicação,⁵⁶ de forma que, por ocasião da materialização da norma, há de se considerar os sinais característicos da hipótese concreta.

⁵⁴ “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 129).

⁵⁵ Sobre o tema, vide GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*, p. 11 e ss.

⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, n. 6, 2000, p. 87.

Num primeiro momento, cuida-se de verificar se determinada norma é válida, partindo-se da premissa de que se trata de norma construída num ambiente de decisão em que todos os possíveis destinatários do regramento possam a ele assentir na qualidade de participantes de discursos racionais, segundo a lógica habermasiana.⁵⁷ É dizer, a validade da norma estará condicionada ao fato de serem levados em consideração, nos debates que precedem a elaboração do regramento, os interesses de todos os envolvidos. É nessa seara que se fala em discurso de justificação, no qual cabe definir, a partir de uma ação comunicativa com a participação dos possíveis afetados, quais os interesses que devem ser protegidos na via estatal por ação do Poder Legislativo. Nesse âmbito, aliás, cabem argumentos pragmáticos, éticos, políticos e morais que possam influenciar a decisão tomada.

Num segundo momento, é possível falar-se no discurso de aplicação, no âmbito do qual cabe definir qual a norma adequada que deve ser aplicada a uma dada hipótese concreta – única e irrepetível – dentre as diversas normas válidas elaboradas a partir dos discursos de justificação.

Aqui, cabe lembrar que, diante de um caso concreto, diversas normas apresentam-se como aplicáveis *a priori*. No momento da aplicação efetiva, porém, é preciso considerar todas as circunstâncias que individualizam o caso concreto, de modo a encontrar a fundamentação que melhor justifique a resposta apresentada. Assim, a validade de uma norma abstrata não significa sua aplicação generalizada, porque no plano da justificação e fundamentação as normas concorrem outras normas igualmente válidas. No campo da materialização da norma, pois, deve-se considerar todas as variáveis que, a partir de uma argumentação consistente, justifiquem determinada solução concreta.⁵⁸

⁵⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 67.

⁵⁸ Vide MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun. 2006, p. 245.

Essa perspectiva, de outro giro, afasta a noção de segurança jurídica presente no ideal positivista, que se centrava numa possível previsibilidade de resultados baseada na expectativa de comportamentos já definidos no ordenamento formal, para compreender-se, hoje, como uma garantia do direito de participação nos processos decisórios do Estado⁵⁹ e – por que não dizer – de soluções judiciais alcançadas por uma argumentação exaustiva que leve em consideração os diversos interesses em jogo.

Não há margem, portanto, para a discricionariedade judicial,⁶⁰ que conduziria o magistrado – aqui sim – a atuar como legislador, ferindo a separação de poderes e a autonomia pública, uma vez que a criação de regras casuísticas usurpa a função legislativa do próprio cidadão, a ser exercida direta ou indiretamente por seus representantes eleitos.

Aqui é importante ressaltar, como mencionado alhures, que a postura de deferência excessiva do STF para com o Legislativo importará em manifesta incompatibilidade com a tendência ativista que aquela Corte vem demonstrando nos últimos anos, inclusive em hipóteses que não se justificam do ponto de vista da democracia, porque não se baseiam na simples tutela de direitos e princípios.⁶¹

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 291.

⁶⁰ Dworkin diferencia a discricionariedade judicial em sentidos forte e fraco do termo. Na primeira hipótese, refere-se à possibilidade de que os juízes não estejam vinculados a padrões de nenhuma autoridade para decidir casos difíceis, possuindo a liberdade de escolha a partir de critérios políticos, morais etc. Na segunda hipótese, refere-se à capacidade do sujeito de interpretar o direito segundo suas próprias convicções. Embora o autor rechace a primeira situação, já que não há uma discricionariedade nesse sentido, à vista da completude do sistema jurídico, compreendido como um conjunto de regras e princípios, a segunda abrange tão somente a noção de que o ato de decidir depende do próprio discernimento daquele que julga definição que é inerente a essa atividade intelectual. Assim, nessa última concepção, a discricionariedade nada mais é do que a capacidade de julgar, já que a aplicação dos padrões estabelecidos nem sempre se dá mecanicamente, especialmente quando o contexto não é por si só esclarecedor (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 51-55).

⁶¹ Exemplificativamente, no julgamento da ADin 3510/DF, referente ao uso em pesquisas de células-tronco, diversos votos proferidos naquela instância foram no sentido de acrescentar condições relativas à possibilidade de utilização dos embriões.

As resistências à Constituição de princípios derivam mais das insatisfações de determinadas classes com o resultado da interpretação do que em razão de argumentos juridicamente válidos sobre o poder que ela atribui aos juízes. Uma Constituição colocada em prática pelos juízes independentes não é antidemocrática, na medida em que uma das pré-condições da democracia legítima encontra-se na imposição de que os governos tratem seus cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais. Sem isso, não é possível falar-se em verdadeira democracia.

É óbvio que deve haver controle sobre as ações dos juízes. Mas esse controle se encontra muito mais na exigência de justificativa das decisões adotadas a partir de argumentos de princípio e integridade, expondo essas decisões à crítica da opinião pública, do que se buscar a solução numa concepção estreita do texto constitucional.

A Constituição, pois, exige que os juízes deem o melhor de si para, ao longo do tempo e da história, reinterpretar o conteúdo da liberdade e da igualdade, impondo-se o abandono de restrições semânticas e buscando o limite da atividade interpretativa no único lugar cabível: a própria argumentação.⁶² O único mecanismo de controle adequado do poder judicial está no debate nas mais variadas instâncias em torno dessas decisões. As más decisões, por si mesmas, são inevitáveis, não havendo fórmulas mecânicas que impeçam sua ocorrência. Desse modo, seremos capazes de estar em um contínuo processo de aprendizado, buscando a tão desejada maturidade constitucional.

Tais adições justificar-se-iam como forma de aprimorar a lei, tornando-a compatível com o sistema constitucional. Por seu turno, no RE 91.707/MG o STF, mesmo sem um parâmetro constitucional objetivo, procedeu à alteração de percentual de multa tributária (de 100 para 30%) em face de seu caráter confiscatório. Desses casos tratei em: “A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas”. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

⁶² DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 202.

A Constituição, conclusivamente, deve ser vista como um sistema de princípios abrangente, que ordena tanto a igualdade de consideração quanto as liberdades básicas, que irão constituir-se nos pilares da afirmação dos direitos individuais. E caberá aos juízes, em nossa democracia, declarar quais são as exigências concretas para o asseguramento efetivo da liberdade e da igualdade de consideração, embora isso implique atribuir a eles um grande poder de responder a perguntas controversas e profundas sobre moralidade política, que muitas vezes não encontram solução na própria filosofia ou mesmo na política.

Os riscos, portanto, são evidentes. Mas a busca por uma sensação de segurança jurídica aparente não nos autoriza a ver a questão de outra forma. Na verdade, a busca pela verdade não exclui a contradição e o dissenso, que são inerentes ao sistema da ciência. Os questionamentos estão exatamente a serviço da busca cooperativa dessa verdade, já que todo saber é precário. A correção pressupõe apenas aceitação racional a partir de bons argumentos, isto é, o resultado produzido a partir de condições adequadas de comunicação e debate.⁶³

O controle desse poder, atribuído as juízes – liberais e conservadores, diga-se de passagem – somente cabe à própria história. Mas daí não é possível dizer-se, como querem alguns, que os juízes que insistem em ver a Constituição como uma carta de princípios abstratos são, em verdade, seus usurpadores, que buscam decidir a partir do “direito natural”.

Assim, apesar de toda a construção teórica que objetiva reduzir o papel dos juízes na democracia sob o pálio de uma suposta necessidade de segurança jurídica e proteção da separação de poderes, é forçoso reconhecer que não há como fugirmos da controvérsia na interpretação da Constituição e na definição do que ela realmente diz. Acaso podemos evitar as controvérsias que giram em torno

⁶³ Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. Apêndice à facticidade e validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 299-384.

da extensão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa? Das controvérsias acerca do que exatamente significa o princípio da não discriminação? Das dúvidas que suscita a ideia de liberdade de crença? É possível, assim, termos uma visão simplista da Constituição, quando seu destinatário é uma sociedade complexa e em constante evolução?

Ao intérprete, portanto, cabe buscar a coerência interna do sistema. A interpretação seguirá um trabalho de reconstrução da realidade, ao que se adicionarão as tradições culturais e os vínculos mentais que o juiz estabelece entre o caso, a norma e o mundo que o envolve. Qual na literatura, caberá, ao juiz, reconstruir o texto à luz de uma interpretação consentânea com a trama, tendo como norte o conteúdo moral transmitido a partir da Constituição, qual seja, o tratamento igual entre os cidadãos.⁶⁴ A legitimidade da decisão decorrerá exatamente de sua coerência, que, acaso existente, conduzirá à consistência dos argumentos invocados.

Assim, a intervenção jurisdicional está autorizada sempre que estejamos diante de leis e atos do Poder Público que, mediante tratamento discriminatório, violem a igualdade assegurada constitucionalmente, uma vez que ela se encontra dotada de uma essência em relação a qual não é dado à maioria transigir.

CONCLUSÃO

A partir das premissas acima invocadas, entendemos, com a devida vênia, equivocado o entendimento clássico que veio a se verbalizar na Súmula Vinculante 37, uma vez que colide frontalmente com a necessidade de que a ordem jurídica, para ser legítima, materialize os direitos fundamentais em uma dimensão máxima. Curioso é que, dadas as severas dificuldades de sustentação dessa perspectiva, à luz do constitucionalismo moderno, o próprio STF

⁶⁴ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 581.

entra em contradição ao proferir decisões que conflitam ontologicamente com o dogma do legislador negativo,⁶⁵ como se infere inclusive do teor da recém-editada Súmula Vinculante 34.⁶⁶ Para “fugir” do argumento de invasão da esfera legislativa, na maioria desses casos nossa Corte Suprema sustenta que se trata de “mera” materialização de norma constitucional ou apenas interpretação conforme à Constituição, que se deve limitar a extrair, do texto constitucional, os sentidos constitucionalmente admissíveis da norma impugnada.⁶⁷

Nesse contexto, pode-se perceber que nossa Corte Suprema não adota claramente uma teoria consistente de aplicação do

⁶⁵ O primeiro precedente do STF que representa uma espécie de rompimento com o dogma do legislador negativo parece ter sido o julgamento do RMS 22.307/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 13.07.97). No caso, discutia-se se o advento das Leis ns. 8.622/93 e 8.627/93 implicou revisão geral dos vencimentos dos servidores militares, com a preterição dos servidores civis. Entendeu-se, na oportunidade, que de fato tratava-se de revisão geral e, como tal, extensível às demais categorias de servidores em razão do postulado da isonomia, principalmente na sua versão instituída no art. 37, XV, da CF. O mesmo ocorreu no julgamento do RE 476.390-7/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* de 29.06.2007), em que o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, fora pelo parcial provimento da irresignação para, dando interpretação conforme à Constituição, determinar que as regras da Lei n. 10.404/02, referentes à gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa – GDATA, percebida por servidores públicos federais em atividade, fossem também aplicadas a servidores inativos.

⁶⁶ “A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho -GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valorcorrespondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei n. 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005).

⁶⁷ Gilmar Mendes, ao comentar a não observância pelo Tribunal Constitucional alemão dos limites da interpretação conforme, assevera que “as ‘decisões fundamentais do legislador’, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme a Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme a Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura, ao ente legiferante, a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290).

direito, uma vez que, em dadas hipóteses, a solução jurisprudencial passou pelo exercício de verdadeira atividade legislativa, inclusive a partir da utilização de argumentos e critérios democraticamente incabíveis e que melhor se enquadrariam no âmbito da atividade política exercida nas casas parlamentares. Em perspectiva diametralmente oposta, em outros casos, cuja decisão deveria fundar-se essencialmente na aplicação de princípios presentes em nosso sistema jurídico, aquele tribunal optou por vincular-se a um legalismo estrito, sob um discurso de limitação democrática ao reconhecimento de direitos implícitos no âmbito das decisões judiciais.

Importa ressaltar aqui que a leitura do princípio da legalidade sob a perspectiva restritiva de um procedimentalismo formal, onde a norma é apenas aquela emanada expressamente de um procedimento legislativo, não se coaduna com o ideal de um Estado Democrático de Direito. É que, no âmbito deste, a legitimidade das leis, para além da análise exclusiva do texto decorrente do procedimento legislativo, é aferida em razão da observância da dimensão prática dos princípios presentes no sistema jurídico como um todo, em especial os princípios da igualdade e liberdade. Assim, a ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos, que devem ser construídos argumentativamente à luz do caso concreto.

Importante, também, afastar preocupações meramente formais como a legitimidade dos juízes em razão de sua atividade contramajoritária – isto é, não respaldada no voto da comunidade política –, porque essa legitimidade deve, em verdade, decorrer do conteúdo material das decisões judiciais, cujo controle na arena pública passa exatamente pelo exame dos argumentos utilizados pelo órgão julgador.

Por razões óbvias, essa perspectiva da jurisdição acarreta para os juízes uma maior responsabilidade perante os destinatários da decisão judicial. Contrapondo-se a um maior poder há um maior dever. A segurança jurídica, de todo modo, não deve ser buscada a partir de um consenso que se traduza em respostas prontas e simplórias, mas sim a partir de um discurso racional, que respeite as

diversas opiniões no jogo democrático e que conduza à aceitação das decisões proferidas em virtude de serem proferidas a partir de critérios transparentes.

Assim, não se pode evitar a constatação de que os tribunais e juízes funcionam muitas vezes como um “legislador implícito”⁶⁸, a quem cabe promover a reciclagem do Direito à luz da realidade social subjacente, sempre que presentes razões normativas oriundas da história de uma dada sociedade que justifiquem certa orientação jurisprudencial, voltada à implementação dos princípios presentes na ordem constitucional.

O problema, pois, repousa em investigar se dada legislação promove ou amesquinha os princípios da igualdade e liberdade, especialmente no tange às expectativas das minorias sub-representadas no plano político, na medida em que o conteúdo dos direitos fundamentais irá servir exatamente como trunfo diante da vontade das maiorias.⁶⁹ Como no caso ora examinado, cabe a intervenção jurisdicional, conquanto contramajoritariamente, sempre que necessário prestigiar a igualdade entre todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático”. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

⁶⁸ No sentido de caracterizar-se como uma instância garantidora de direitos para além de qualquer consideração acerca da previsão expressa em textos normativos. Em sentido semelhante, vide TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário*, p. 43 e ss.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e as lições dos clássicos. São Paulo: Campus, 2000.

_____. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. "Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito". *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.

_____. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

_____. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. n. 05, jan/jun 1997.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORSI, Giancarlo. "Sociologia da Constituição". Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. The Forum of Principle. In *New York University Law Review*, n. 56, 1981.

_____. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.

_____. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Domínio da vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993.

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, n° 6, 2000, p. 85-102.

_____. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*. 4:3, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005.

_____. “O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?” *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, v. 71, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

_____. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. *NEJ*, v. 11, n. 02, jul-dez 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 3, jan.-jun. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETTO, Menelick de Carvalho. “A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito”. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Brasília, DF, n. 5, jan./jun. 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na Teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas”. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003.

PECORARO, Rossano. *Nilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003, v. 1, p. 7-367.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211>>.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.